

Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria*

Lorenzo Mellado Ruiz

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

SUMARIO: I. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO; *1 La necesaria interconexión entre los planos subjetivo y objetivo; 2. El nuevo enfoque integrado de determinación y delimitación de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública; 2.1. Consideraciones previas; 2.2. Clasificación de las entidades adjudicadoras sometidas, aun con diferente intensidad, a las previsiones de la LCSP: aspectos críticos de su régimen jurídico;* II. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY: LAS CONTROVERTIDAS FIGURAS DE LOS “CONVENIOS” EXCLUIDOS Y LOS “CONTRATOS DOMÉSTICOS” DE LA ADMINISTRACIÓN

RESUMEN

Pese a su complejidad técnica y a algunas disfunciones sustantivas, la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha intentado responder de forma racional a las demandas de sistematización y congruencia de la contratación pública en nuestro país y a las ineludibles exigencias derivadas de la jurisprudencia y la normativa comunitarias. La delimitación y ajustamiento adecuados del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley son, sin lugar a dudas, dos de sus objetivos nucleares. En el presente artículo se analizan críticamente ambos planos, desde la propia esencialidad de su precisa articulación y co-

* El presente artículo tiene su origen en la ponencia que impartí con el mismo nombre en el Curso sobre “La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, organizado por la Excma. Diputación Provincial de Almería en el mes de junio de 2008. El texto ha sido completado y adaptado con la bibliografía, y, sobre todo, con la jurisprudencia comunitaria, más reciente.

rrespondencia, y sobre la base de la jurisprudencia comunitaria recaída sobre los aspectos más conflictivos de los mismos en los últimos años, fundamentalmente las clases –y su régimen jurídico respectivo– de entes públicos sujetos a la normativa sobre contratación pública y los negocios jurídicos excluidos de su radio de acción.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública

Poder adjudicador

Convenios administrativos

Excepciones *in house* o contratos domésticos

ABSTRACT

Despite its technical complexity and certain substantial dysfunctions, the new law for Public Sector Contracts has strived to respond, in a rational manner, to the demands of systematization and congruence of public contracting in Spain and the unavoidable requirements deriving from the jurisprudence and regional regulations. Circumscribing and establishing suitable adjustment of the subjective and objective application of the law are, undoubtedly, two its core objectives. Both aspects are critiqued in this article, from the principal of its precise articulation and meaning, and on the basis of the regional jurisprudence covering the more conflictive aspects in recent years, essentially the types—and their respective legal framework—of public bodies subject to the regulations in terms of public contracting and the legal businesses excluded from its area of action.

KEY WORDS

Public contracting

Awarding power

Administrative agreements

in house exceptions or domestic contracts

I. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1 La necesaria interconexión entre los planos subjetivo y objetivo

Sin lugar a dudas, la delimitación del ámbito subjetivo de la normativa sobre contratación pública, del conjunto de entes administrativos afectados o sujetos a las exigencias y previsiones incluidas en la misma, constituye una tarea

primordial en cualquier análisis del sistema jurídico-público de la contratación en nuestro país. En primer lugar, y obviamente, porque supone discernir quiénes son los sujetos administrativos, dentro de la nebulosa multiplicidad organizativa actual, afectados, aún con diferente intensidad, por las previsiones sobre contratación pública. Pero además, y en segundo lugar, porque esta primera operación delimitadora condiciona directamente el ulterior régimen jurídico –la regulación sustantiva, por tanto– aparejado a cada tipo de personificación organizativa. Ámbito subjetivo y estatuto jurídico aparecen así entrelazados y en permanente conexión¹. Pero es que además, esta delimitación de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública ha sido, y aparentemente puede seguir siendo, fuente permanente de conflictos y tensión entre los diferentes intereses implicados, y, fundamentalmente, entre las dos instancias territoriales de normación, la comunitaria y la estatal². No hay que olvidar que España ya ha sido condenada tres veces por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea precisamente por la incorrecta o defectuosa transposición de las Directivas comunitarias sobre contratos, habiendo sido siempre elemento clave de dicha valoración la operación de delimitación subjetiva de los entes públicos sujetos o excluidos de las obligaciones generales de transparencia e igualdad incardinadas y fortalecidas por las sucesivas reformas comunitarias³.

Esta importancia está, en cierta medida, justificada. La dimensión económica de la contratación pública supone aproximadamente el 20% del PIB de la Unión Europea y alrededor de un 15% del PIB actual en el ámbito interno. La estructuración precisa del ámbito subjetivo de aplicación, y la consecuente

¹ Sobre la relevancia de la delimitación y caracterización de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública y a las consiguientes garantías incluidas en ella, sobre la base de la legislación estatal previa, puede verse el magnífico estudio de NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2005.

² *Vide*, entre la numerosa bibliografía sobre el tema, el estudio de GIMENO FELIÚ, J. M^a., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006.

³ *Vide* MELLADO RUIZ, L., “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al Derecho privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 127, (2005), pág. 383 y ss., y la bibliografía allí citada.

corrección del oscilante proceso de reformas y adaptaciones de la normativa previa, desde la Ley de contratos de 18 de mayo de 1995, suponen un elemento clave de seguridad jurídica y adaptación congruente a las exigencias comunitarias, y, a la vez, un nuevo intento de articulación global de la columna vertebral de la normativa sobre contratos del sector público, la determinación de los entes públicos –y, en segunda instancia, del dinero público– sujetos a sus exigencias y condicionantes (no debe olvidarse, por lo demás, que la normativa sobre contratos constituye, en sí, uno de los pilares centrales del sistema jurídico global de la actuación administrativa).

La propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP), en coherencia con su denominación, parte del expreso reconocimiento de su funcionalidad implementadora de las últimas normas comunitarias sobre la materia, y, concretamente, de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, norma que consagra y fortalece la previa filosofía comunitaria de delimitación amplia y funcional de los sujetos públicos adjudicatarios de los contratos. Se impone, pues, asumir plenamente las exigencias comunitarias relativas al ámbito subjetivo de la contratación pública, tal y como habían sido desgranadas por la jurisprudencia del TJCE⁴, y en el marco de lo

⁴ Como se reafirma en la reciente STJCE de 13 de diciembre de 2007, as. C-337/06, apartados 37 y 38, el concepto genérico de “entidad adjudicadora”, en donde ha de incluirse la categoría más específica de los “organismos de Derecho público” ha de recibir un interpretación funcional y comunitaria, al margen de las construcciones positivas y determinaciones de los sistemas internos, en tanto que la “coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro” (según la sentencia, existe financiación mayoritaria del Estado, y por tanto sujeción a la normativa sobre contratación pública, cuando las actividades de los organismos públicos de radiodifusión están mayoritariamente financiadas mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor). La construcción de un auténtico mercado único o interior pasa, pues, por la “comunitarización” de los procedimientos de contratación pública, desde una noción subjetivo-funcional propia y tasada y una aplicación de criterios objetivos y comunes de participación y adjudicación garantes de la efectiva, transparente y libre competencia a nivel europeo. Como se ha resaltado, la efectiva realización de las libertades comunitarias y de los principios de las que emanan, así como la apertura real a la competencia en el ámbito de la contratación pública, debe pasar por la doble operación transnacional de eliminación de las restricciones –desde una perspectiva material– y de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación –desde la complementaria óptica formal–, vide FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M^a., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Euro-*

que se ha calificado como “*auténtico corpus legislativo*” europeo sobre contratación del sector público⁵, superando los previos intentos de reforma parcial y desarticulada y extendiendo las exigencias de transparencia, publicidad y libre concurrencia, como pilares fundamentales del mercado interior, a la actividad contractual del conjunto de entes integrantes del “sector público” español. A lo largo de este estudio se valorará el resultado, respecto a este punto, de la reforma, intentando en todo caso que los esbeltos árboles de la retórica legislativa no impidan ver en realidad el bosque profundo de las modificaciones sustanciales incorporadas realmente por la nueva LCSP a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. Pero lo cierto es que el punto de partida parece indiscutible: se intenta acatar la consolidada doctrina –jurisprudencial y normativa– comunitaria sobre el concepto amplio, funcional y material de los “poderes adjudicadores”, imponiendo las exigencias de la contratación pública a cualquier tipo de ente, sea cual sea su denominación, vestidura y régimen jurídico, que actúe como tal⁶. La dualidad Administración-sujeto/Administra-

pea, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 18. Frente al silencio de los Tratados originarios, la importancia cuantitativa y la propia trascendencia funcional de la actividad contractual pública han sustentado la consolidación de un nuevo título de intervención de las instituciones comunitarias, fundado en la apertura de los mercados a la competencia y en la consecución de un auténtico mercado libre interior de bienes, servicios y mercancías, *vide* así, y entre otros muchos estudios, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho comunitario en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 20. Conectando con las ideas anteriores se ha podido sostener incluso, a mi juicio correctamente, que “*puede –y debe– hablarse de una (auténtica) política comunitaria en el campo de la contratación pública*”, GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 21. También se ha referido a la justificación de esta incesante actividad de intervención normativa comunitaria sobre la base de los “*poderes implícitos necesarios para la consecución de un determinado fin*”, en este caso, la consagración de un auténtico mercado interior único en régimen de libre competencia, VARA ARRIBAS, G., “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 26, (2008), pág. 120.

⁵ VARA ARRIBAS, G., “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 26, (2008), pág. 119.

⁶ SSTJCE de 13 de diciembre de 2007, as. *Bayersicher Rundfunk y otros*, C/337-06, apartados 36 y 37 y 10 de abril de 2008, asunto C-393/06 (una entidad municipal encargada de la garantía de la calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas en el término municipal de Viena, mediante la energía obtenida de la evacuación de residuos, ha de considerarse como “organismo de derecho público”, puesto que aparte de la personalidad jurídica propia y el control público, “*suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general*” (apartado 39).

ción-actividad se rompe, claramente, a favor del segundo término, desde la concepción material del Derecho Administrativo como el derecho de los intereses públicos o colectivos⁷. El trasfondo es, evidentemente, atajar de una vez la denominada “huida del derecho administrativo” que, aparte de otras manifestaciones, ha tenido en la normativa sobre contratación pública, un campo abonado a la interpretación y manipulación administrativas⁸, desde los intentos de las Administraciones públicas de escapar de las rígidas exigencias comunitarias mediante la interposición de entes instrumentales (de Derecho público o de Derecho privado) para la adjudicación de determinados contratos incluidos en el giro o tráfico de las mismas⁹. Las sucesivas reformas de nuestra normativa han incidido, precisamente, en esta cuestión, intentando controlar la creación artificial de entes institucionales sujetos al Derecho privado, bajo fórmulas mercantiles o fundacionales, pero con indudables funciones públicas, concretamente la preparación y adjudicación de contratos incluidos dentro del radio objetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública¹⁰.

La nueva Ley pretende superar este enfoque, articulando sus previsiones “desde una definición amplia de su ámbito de aplicación y buscando una identificación

⁷ Vide ARIÑO ORTIZ, G., “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 172, (2007), págs. 79–102.

⁸ Puede verse, así, entre otros muchos estudios, GIMENO FELIÚ, J. M^a., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, 151, (2000), pág. 425 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La reforma de las Directivas comunitarias de contratación pública”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 13, (2002), pág. 961 y ss.

⁹ “Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37). [...] De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas”, STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03, apartados 27 y 28, de condena a España por incumplimiento de las obligaciones derivadas de las Directivas sobre contratos.

¹⁰ Vide, así, los reproches comunitarios a la evolución normativa española contenidos en la STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03.

funcional precisa del área normativa vinculada a las directivas europeas sobre contratos públicos". Se pretende partir, pues, de un concepto funcional, amplio y versátil de los entes públicos de contratación, compatible con las exigencias comunitarias. Y por ello, la Ley es aplicable, en principio, a todos los sujetos del sector público. La denominación no deja lugar a dudas. No se trata –formalmente al menos– de una nueva Ley de contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo el modelo precedente articulado sobre la base central del contrato (administrativo) de la Administración Pública. Es una Ley reguladora de la actividad contractual del sector público. Lo importante no es ya la presencia de una Administración, al menos desde la concepción interna y tradicional de nuestro ordenamiento interno, sino de un ente o sujeto, público o privado, que actúa como poder adjudicador en una actividad contractual¹¹. El problema es que estos loables propósitos aparecen luego difuminados, por no decir omitidos, cuando se analiza en profundidad la regulación del ámbito subjetivo de aplicación contenida en la Ley. Es verdad que hay un principio de sujeción universal, pero luego, diferentes grados de intensidad en cuanto a las obligaciones o requerimientos impuestos para cada tipo de sujeto contratante, lo cual supone reproducir, en el fondo, el juego de reglas, excepciones y matizaciones de la normativa previa, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLR) ¹². No hay un mismo nivel de exigencia para todos los entes del sector público: del juego de los dos criterios centrales de clasificación (ente contratante y contrato a realizar) cabe que una misma en-

¹¹ Como apunta la STJCE de 13 de diciembre de 2007, TJCE 2007/366, asunto *Bayerischer Rundfunk*, debe prevalecer una interpretación amplia, material y funcional de los sujetos adjudicadores, y de los propios requisitos y condicionantes de su calificación como tales, en tanto que el fin de la normativa comunitaria sobre contratación pública es suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías en el territorio europeo –principios y libertades comunitarias– y proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro –derechos individuales–.

¹² Se ha podido decir en este sentido que, en realidad, la LCSP no ha modificado realmente el espíritu de la anterior normativa, puesto que "*lejos de establecer un molde más flexible dentro del cual incluso las Administraciones públicas puedan moverse, ha optado por la solución más drástica y más sencilla, la más tradicional pero también, seguramente, la más inoperante: obligar a las Administraciones públicas a someterse a un Derecho administrativo que no ha sido objeto de una revisión en profundidad, mientras que se exonera a todos los demás organismos y entidades del sector público de la regulación imperativa prevista para el fondo de los contratos administrativos*", DEL SAZ, S., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, 174, (2007), pág. 338.

tidad contratante realice contratos sujetos a un diferente régimen jurídico –dependiendo de si están sometidos o no a la normativa comunitaria– y que un mismo tipo de contrato, aunque sujeto a la normativa europea –obras, servicios, suministros o contrato de colaboración entre el sector público y el privado– tenga un diferente régimen jurídico, dependiendo igualmente de la entidad contratante¹³. Y siguen existiendo determinadas lagunas o imprecisiones que impiden aseverar un juicio definitivo sobre la adecuación de la nueva Ley a la normativa comunitaria, a pesar del confuso intento de aplicación anticipada de esta parte de la Ley en virtud de la Disposición Transitoria 7ª (seguramente motivada, aparte de las razones formales de seguridad jurídica y garantía de los principios esenciales del nuevo grupo normativo, porque, en realidad, el plazo de transposición de la Directiva 2004/18/CE había finalizado el 31 de enero de 2006)¹⁴.

¹³ Conviene no olvidar, no obstante, que tratándose de una materia de normación compartida, la densidad de la regulación comunitaria, tanto respecto de los procedimientos de contratación “clásica” como sobre “sectores especiales”, se amolda y atiende a los necesarios principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El ordenamiento comunitario sobre contratación pública no constituye realmente un sistema completo y uniforme de previsiones transnacionales (directas), sino un marco supraestatal de coordinación de instrumentos procesales, garantías y cautelas materiales mínimas (transparencia, publicidad, constancia, etc.), a implementar por los Estados miembros, para la efectiva consecución de los fines directos de la Comunidad derivados de la centralidad de las libertades económicas. Y de hecho, el nuevo paquete legislativo de 2004 ha pretendido precisamente compaginar las necesarias garantías formales y materiales de los procedimientos de contratación, eje vertebrador de la acción competitiva de los distintos operadores económicos, con una mayor flexibilidad y simplificación de los procedimientos públicos de selección y adjudicación de los contratos. Ello justifica en el fondo la propia invocación de los distintos criterios de sujeción –tipo de contrato, ente adjudicador, normativa aplicable, etc.– y su diferente articulación a nivel interno.

¹⁴ Dada la importancia –y urgencia– de la adaptación de nuestro Derecho al ámbito subjetivo de aplicación determinado por las Directivas comunitarias sobre recursos, el plazo general de la Ley de entrada en vigor (seis meses, en virtud de la D. F. 12ª), se eliminó para las reglas específicas de los sujetos vinculados por esta normativa, entrando en vigor esta parte al día siguiente de la publicación de la LCSP, es decir, el 31 de octubre de 2007 (D. T. 7ª). Estamos, por tanto, ante un raro ejemplo de aplicación anticipada de una parte concreta de una Ley. Pero en realidad no es, para enredar más el problema, una aplicación anticipada directa de “determinados artículos” de la nueva LCSP, sino que desde el 1 de noviembre de 2007 y hasta la entrada en vigor general de la Ley (30 de abril del 2008), los artículos correlativos del TRLC “habrán” de interpretarse, dada su vigencia hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, de una determinada “forma”, en el sentido y con la filosofía de la nueva LCSP, vide ARIMANY LAMOGGLIA, E. y NAVARRO MANICH, J. A., “La aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (Comentarios a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Con-

Cuando la LCSP señala que la nueva sistematización del ámbito subjetivo de aplicación permitirá “*tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables*” no hace sino reconocer implícitamente un matiz de excepcionalidad y modulación al principio general comunitario de articulación subjetivo–funcional, y no formal, de los sujetos administrativos competentes para la adjudicación de los contratos. Porque sólo así, atendiendo a las funciones “reales” del ente adjudicador, y no a su revestimiento o cobertura formal (de carácter jurídico–público o jurídico–privado) podrán alcanzarse los objetivos comunes instaurados en la normativa comunitaria para garantizar la homogeneidad, transparencia y objetividad en la selección de los contratistas y en la adjudicación –libre, pública y en competencia– de los contratos públicos¹⁵. Es necesario, pues, ajustar estos criterios de modulación y flexibilidad incorporados expresamente en la nueva LCSP, distinguiendo los adecuados propósitos de sistematización y clarificación del ámbito subjetivo –superando el anterior esquema de “remisiones”– de las posibilidades de “ajuste” normativo en lo referente a las exigencias y condicionamientos exigidos, en cada caso, por la norma. Porque del juego de los dos parámetros basilares que articula la Ley, extensión y singularización del ámbito subjetivo (no aplicación indirecta de las previsiones comunes de los contratos de las Administraciones públicas a otros entes y contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sino articulación de reglas específicas para los diferentes sujetos integrantes del sector público español) y diferenciación de regímenes jurídicos internos o comunitarios (contratos sujetos

tratos del Sector Público)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 16, (2007). La nueva ley, en vez de modificar, “reinterpreta” determinados artículos de la norma anterior, que, en principio seguirían vigentes como tales hasta su entrada en vigor, aunque de facto lo que se produce es una anticipación parcial (ámbito subjetivo) de la propia LCSP. En esencia, durante ese período transitorio, debía aplicarse la totalidad del TRLC (no sólo parte de sus prescripciones ni la LCSP) a todos los contratos que celebraran los entes, organismos y entidades que según el art. 1 TRLC tuvieran la consideración formal de Administración Pública, estableciéndose después un régimen diferente y menos intenso para los entes que tuvieran la condición de poder adjudicador según la nueva LCSP.

¹⁵ En este sentido el TJCE ha reiterado que los contratos excluidos de la aplicación del derecho derivado comunitario (por no superar los umbrales cuantitativos comunitarios) deben respetar, sin embargo, los principios generales del Tratado, las disposiciones básicas relativas al mercado interior, es decir, el principio de libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo. *Vide*, entre otras muchas, la STJCE de 14 de junio de 2007, asunto *Medipac-Kazantzidis y Venizeleio-Pananeio*, C-6/05, apartado 54.

o no a regulación armonizada), podrían derivarse perfectamente, a la espera de un futuro desarrollo reglamentario, algunos problemas de sistematización o confusión de regímenes. De hecho, como se ha apuntado, la opción legislativa de no limitarse a transponer la Directiva 2004/18/CE, como sí ha sucedido en el caso de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, conocida como de “sectores especiales”¹⁶, sino de modificar el modelo y estructura de la Ley –incluso hasta la misma terminología tradicional– ha podido provocar determinadas contradicciones –dada, por lo demás, la enorme extensión de la LCSP–, solapamientos y disfunciones materiales, huida de la jurisdicción contencioso-administrativa, y problemas aplicativos y de manejo, como la misma localización sistemática del régimen jurídico aplicable a cada tipo de contrato¹⁷.

2. El nuevo enfoque integrado de determinación y delimitación de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública

2.1. Consideraciones previas

Al margen de estos comentarios introductorios, y entrando ya en el análisis del *ámbito subjetivo de aplicación* de la nueva Ley, conviene resaltar, ante todo, la mayor complejidad del nuevo enfoque adoptado. La ampliación subjetiva del radio de acción conduce a la distinción de tres categorías de sujetos (poderes adjudicadores, Administraciones públicas y resto de entes del sector

¹⁶ La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, incorpora al ordenamiento jurídico español las previsiones sustanciales de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores (Directiva de recursos de los “sectores especiales”).

¹⁷ En este sentido, MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2008. Desde otro punto de vista, también se ha podido decir que esta “regulación a la carta” permite una identificación más precisa de cada figura contractual, “con el consiguiente incremento de la seguridad jurídica merced a la eliminación de remisiones imprecisas y la clarificación de las normas de aplicación”, MESA VILA, M., “La Ley 30/2007, de contratos del sector público y su influencia en el régimen de contratación de las fundaciones del sector público andaluz”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 69, (2008), pág. 304.

público)¹⁸, superpuestas e interrelacionadas entre sí, de acuerdo a las cuales se distinguen a su vez varios grados de sujeción a la Ley, en función de criterios subjetivos y además de acuerdo a criterios de carácter objetivo, sobre todo la nueva clasificación de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos, privados y contratos sujetos a regulación armonizada o no).

Se trata de un “sistema de círculos concéntricos”¹⁹, o de “*triple capa*”²⁰, en función de la naturaleza de la entidad o sujeto contratante y su posición institucional dentro del “sector público”, que condiciona luego toda la estructura y sistemática sustantiva de la Ley.

Como premisa de partida, el art. 3.1 LCSP considera que forman parte de dicho sector público los siguientes entes, organismos y entidades (terminología ciertamente imprecisa y redundante):

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local;

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social;

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades públicas, las agencias estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad;

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) sea superior al 50%;

¹⁸ Vide, por ejemplo, CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios sobre la contratación pública comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2008, pág. 93 y ss.

¹⁹ GIMENO FELIÚ, J. M^a., “El nuevo ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, pág. 44.

²⁰ VICENTE IGLESIAS, J. L., *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 70.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia^{20 bis}.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades;

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (entidades de dudoso ajustamiento a los requisitos comunitarios);

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; y

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores;

La enumeración es, ciertamente, exhaustiva y completa, conectando con la definición de sector público contenida en el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y asumiendo la correlativa filosofía de “*disciplina y control de la contratación pública desde la perspectiva del gasto público*”²¹. Además, para asegurar el cierre del sistema, la letra h), que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de «organismo público» de la Directiva 2004/18/CE en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Aparentemente, y después de un accidentado proceso de sentencias condenatorias y reformas parciales de nuestro derecho de la contratación pública²², la nueva LCSP se amolda,

^{20 bis} Sobre la posible concurrencia, en una misma licitación pública, de un consorcio y una o varias de las empresas que lo integra, puede verse la reciente SIYCE de 23 de diciembre de 2009, as. C-376/08, apartado 39.

²¹ PAREJO ALFONSO, L., “El ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, pág. 37.

²² Puede verse sobre este proceso GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 119, (2003), págs. 471-487 y “Una nueva sen-

pues, al ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias, avanzando incluso más allá de las exigencias derivadas de los mismas en algunos supuestos concretos²³. Pero no hay que confundir “ámbito de aplicación” con “régimen jurídico”. El apartado primero de este art. 3 es meramente descriptivo, delimitando lo que, a efectos de la normativa de contratos públicos, se entiende por “sector público”, desde la superación de la ecuación tradicional “contrato público=contrato de la Administración”. Los distintos tipos de sujetos no tienen, así, el mismo régimen jurídico, sino que, dependiendo de su ulterior clasificación, les será aplicable un régimen más o menos intenso de condicionantes públicos derivados de los principios generales de esta normativa sobre contratación pública. Como se ha dicho, la LCSP, en una difícil combinación entre las exigencias comunitarias de exhaustividad funcional y las imposiciones internas de flexibilidad organizativo-institucional, lleva a cabo un ejercicio de “estratificación” o gradualización de la aplicación de sus previsiones a los distintos entes del sector público (administrativo o empresarial)²⁴.

tencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Administración Pública*, 120, (2003), págs. 667-677; MORENO MOLINA, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, 151, (2000), págs. 319-342; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El Derecho administrativo español ante la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 en materia contractual”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 7, (2003), págs. 517-528; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *La actividad contractual de las sociedades públicas*, en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

²³ Precisamente ha sido en el “exceso de regulación” y en el propio afán compilador del legislador estatal, que ha intentado aunar en un mismo texto legal las necesarias previsiones comunitarias con el marco normativo previo tradicional, donde se han hecho más visibles las disfunciones, incorrecciones y defectos de la nueva operación codificadora de la contratación pública en nuestro país. Como se ha dicho, la superación de la visión reduccionista previa, basada en la centralidad del contrato administrativo de la Administración pública, se ha visto empañada, sin embargo, por una clara confusión de regímenes jurídicos y una consecuente e injustificada diversificación de órdenes jurisdiccionales de control, *vide* MORENO MOLINA, J. A., “¿Por qué una nueva ley de contratos? Objetivos, alcance y principales novedades de la Ley 30/2007, de contratos del sector público?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 139, (2008), pág. 428. Sobre la superación de la dicotomía “contrato administrativo/contrato privado”, y su sustitución por la bipolaridad “acto/contrato”, puede verse igualmente MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

²⁴ *Vide* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica* (La Ley 449/2008), 72, (2008), pág. 36 y ss.

2.2. Clasificación de las entidades adjudicadoras sometidas, aun con diferente intensidad, a las previsiones de la LCSP: aspectos críticos de su régimen jurídico

Dentro de este conjunto de entidades del sector público, hay que distinguir las siguientes *categorías*:

1ª. *Administraciones Públicas* (stricto sensu): Se concretan de forma enumerativa en el apartado 2º de este art. 3 LCSP. Es decir, para la LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes y organismos:

- Los mencionados en las letras a) y b) reseñadas más arriba;
- Los organismos autónomos;
- Las Universidades públicas;
- Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo, sobre un determinado sector o actividad; y
- Las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:
 - Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
 - Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Finalmente, termina este apartado 2º del art. 3 señalando que “*no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y entidades locales*”²⁵.

²⁵ Hay que señalar que la LCSP también equipara, adoptando un enfoque material o funcional para la conceptualización de los sujetos jurídico-públicos, a las Administraciones públicas, a

Esta primera categoría central es importante porque, según el nuevo art. 20.1 LCSP, en una interpretación *a sensu contrario*, sólo los contratos que celebren estas Administraciones Públicas pueden tener “carácter administrativo” (la aplicación de la LCSP y el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa son, por tanto, plenos, desde la fase de preparación y adjudicación hasta la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción).

Como puede apreciarse, conforman esta primera categoría, en primer lugar, y lógicamente, las distintas Administraciones territoriales, a las que se adiciona, de una forma un tanto sorprendente, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social²⁶. En segundo lugar, y dentro del bloque de las Administraciones instrumentales o institucionales, también se consideran Administración Pública los organismos autónomos –entes públicos de gestión con personalidad jurídica propia y régimen totalmente público (art. 45 LOFAGE)– y las Universidades Públicas –aunque a la luz de su legislación or-

los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación, a los órganos competentes (órganos “materialmente” administrativos) del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (D. A. 3^a), las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (D. A. 33^a) y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de acuerdo con la D. F. 5^a que modifica al efecto el art. 22.3.b) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Se incluyen de esta forma, bajo las exigencias de la normativa sobre contratos públicos, aún de forma ancilar a través de su reconocimiento en una Disposición Adicional, a los órganos administrativos de apoyo de determinados organismos constitucionales, y otros entes autonómicos paralelos, que no son “formalmente” Administración, pero que, como tales, desarrollan una indudable “labor administrativa” de apoyo a sus funciones primarias (legislativas o judiciales). Se trata no obstante, como se ha apuntado, de la plasmación positiva de una realidad previa indiscutida, aunque con la LCSP se ratifica la sujeción heterónoma de la actividad contractual de tales organismos a la normativa común de contratos públicos, respetando a la vez su autonomía organizativa y funcional, *vide* POMED SÁNCHEZ, L., *Voz “Contratación de los órganos constitucionales”*, en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario ...*, *op. cit.*, pág. 135.

²⁶ Según la D. A. 6^a de la LOFAGE, a las Entidades Gestoras y a la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de dicha Ley relativas a los Organismos Autónomos, salvo el régimen de personal, económico-financiero patrimonial, presupuestario y contable y el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica. Por tanto, en primer lugar, no “son” organismos autónomos, sino entes asimilados en su régimen jurídico –y sólo parcialmente–. Y, más evidente, tampoco son “entidades territoriales”, como parece equiparar, en la articulación de su régimen contractual, la nueva LCSP.

gánica se trata, más bien, de entes públicos dotados de autonomía de actuación, más que entidades dependientes o vinculadas a otra entidad matriz para el cumplimiento de un fin u objetivo de interés general (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades)—^{26 bis}. Y en tercer lugar, del resto de entes institucionales, también se consideran Administración pública, con plenos efectos aplicativos de la normativa sobre contratación pública, cualesquiera otras entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía (las denominadas “Administraciones Independientes”), desempeñen funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad (es decir, entes reguladores independientes que también pueden considerarse, desde el punto de vista de sus funciones, y en el marco concreto de sectores liberalizados o privatizados, entidades administrativas, como la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc.), o cualesquiera entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas –entes instrumentales atípicos o “a la carta”– que cumplan alguna de las características siguientes: que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro o que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Esta última es, sin duda, la categoría más conflictiva y compleja de las que forman el núcleo duro de las Administraciones públicas a efectos de la aplicación plena de la normativa sobre contratos públicos, en una configuración legal que realmente va más allá, incluso, del concepto comunitario de “poder adjudicador”²⁷. Aparentemente se asume la normativa y jurisprudencia comunitarias

^{26 bis} El TJCE ha confirmado igualmente el posible carácter de licitador de las Universidades o de los institutos de investigación, independientemente de que su actuación esté subvencionada o no con fondos públicos, STJCE de 23 de diciembre de 2009, as. C-305/08, apartados 42 y 45.

²⁷ Para la categorización de “poder adjudicador” habrá que atender realmente a dos criterios fundamentales de sujeción: la existencia de control público y la satisfacción de una actividad o servicio de interés general, aunque se trate de carácter industrial o comercial. Es indiferente, pues, la denominación formal, la forma de personificación –pública o privada–, el estatuto jurídico interno de actuación y la existencia o no de una situación fáctica o jurídica de monopolio. El concepto (comunitario) subjetivo–funcional de entidad pública adjudicadora se construye, pues, sobre bases estrictamente materiales y desde la verificación de las funciones “reales” del ente en cuestión. Sólo cuando nos encontremos ante un ente contratante desprovisto de funciones o potestades administrativas, que se comporte, en la actividad contractual, como cualquier otro operador privado o agente económico –para la satisfacción de necesidades estrictamente comer-

sobre el concepto funcional y material de “poder adjudicador”²⁸, englobando bajo el mismo a cualesquiera entidades instrumentales de derecho público (regla general) cuyo fin principal no sea la “dación” o facilitación de bienes y servicios en el mercado (al actuar en “régimen de mercado”, los entes dejan de ser “Administración Pública” y pasan a ser operadores más del sector, en situación de igualdad con los demás, dejando de regirse por el Derecho público, pero quedando sometidos a las propias exigencias de igualdad, transparencia y competitividad del mercado) o cuya financiación mayoritaria no provenga de ingresos derivados de dicha actividad de mercado²⁹. Por tanto, y al margen de lo discutible que puede ser que una “Administración pública”, incluso en el caso de una actividad de producción de bienes y recibiendo una contraprestación a cambio, pueda moverse “con ánimo de lucro”³⁰, no “son” Administración pública, a efectos de la normativa sobre contratos, las entidades de derecho público pero con funciones básicamente privadas, de intervención, en régimen de competencia, en el mercado de bienes y servicios.

Del contraste entre el apartado 1º (ámbito de aplicación) y el 2º (definición de Administración pública) se desprende, aún, alguna disfunción o duda. Porque aparte de la exclusión expresa de las “entidades públicas empresariales” y entes instrumentales análogos a nivel autonómico y local, quedan sin clasificar expresamente las Agencias Estatales³¹ y tampoco queda claro si el concepto de

ciales o económicas de la Administración-, será legítima –incluso necesaria– la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, en un marco de transacción más flexible, dinámico y en condiciones de igualdad con el resto de competidores, *vide* GIMENO FELIÚ, J. M^a, “El nuevo ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, pág. 38.

²⁸ *Vide*, por ejemplo, la reciente STJCE de 13 de diciembre de 2007, as. C-337/06, en la que se interpreta incluso el requisito de la “financiación mayoritaria pública” de forma extensiva para incluir los supuestos de financiación indirecta (de actividades de organismos públicos de radiodifusión) sobre la base de la recaudación de un canon obligatorio a los poseedores de un aparato receptor.

²⁹ Sobre este segundo requisito puede verse la reciente STJCE de 10 de abril de 2008, TJCE 2008/77, as. *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt*, que califica lógicamente como organismo de derecho público una entidad totalmente pública, con personalidad jurídica propia y encargada del suministro de calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas del término municipal de la ciudad de Viena.

³⁰ En este sentido, DEL SAZ, S., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública*, 174, (2007), págs. 335-366.

³¹ Según el art. 2.1 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, éstas son entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica

Administración instrumental abarca sólo los entes dependientes de otra Administración, como establece el apartado 2º, o también los entes de derecho público dependientes o vinculados a un sujeto que pertenezca al sector público (apartado 1º), que no tiene porqué ser Administración pública en sentido estricto.

2ª. *Entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE (“poderes adjudicadores”).* Se trataría de otros entes del sector público sometidos a las reglas públicas comunitarias de la contratación³². Su régimen jurídico está integrado, aparte del Libro I, aplicable a todos los contratos del sector público, por reglas bastante próximas a las de las Administraciones públicas en la fase de preparación y adjudicación de contratos sujetos a la Directiva 2004/18/CE (fase en la que, en realidad, se materializan las garantías públicas básicas de imparcialidad, transparencia y no discriminación de licitadores, porque, como ha dicho el profesor ARIÑO ORTIZ, el principio de legalidad opera aquí con una funcionalidad diferente) y por unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (art. 175 LCSP), diferenciación –puramente cuantitativa– entre contratos armonizados o no que, por otro lado, ha provocado una discutible liberación –y una cierta “deslegalización procedimental” a través de la remisión principal a los denominados manuales de instrucción– de los segundos, ya que, pese a poder ser adjudicados igualmente por entidades de derecho público o privado pertenecientes al sector público (los mismos actos y los mismos entes, susceptibles de calificarse a la luz de los requisitos comunitarios, como poderes adjudicadores), quedan sometidos, incluso en materia de preparación y adjudici-

propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Además, las Agencias estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en la Ley. Son, por tanto, entes públicos de gestión, con autonomía funcional de actuación y cercanos, en cuanto a su configuración orgánica y capacidad de acción –ejercicio de potestades públicas– a los denominados antes “organismos autónomos”, que sí se incluyen expresamente como Administración Pública en el art. 3.2 LCSP. Sorprende, pues, su falta de mención expresa, dentro de las entidades consideradas, a efectos de esta Ley, como “Administración pública”. Pero es que, además, la propia Ley 28/2006 establece que la actividad de contratación de estas entidades se sujetará a las reglas de contratación del sector público, sin más, sin especificar a cuál de los diferentes niveles de aplicación deben reconducirse.

³² Por ello hay que conectar este segundo tipo de sujetos vinculados por la LCSP con los denominados “contratos sujetos a regulación armonizada” (arts. 13 a 17 LCSP). Estos contratos se refieren a negocios que por razón de la entidad contratante (un “poder adjudicador”), de su tipo y de su cuantía, se encuentran sujetos directamente a las directrices comunitarias.

cación, a la jurisdicción privada³³. Realmente resulta criticable y supone una clara involución del progresivo afianzamiento del control contencioso-administrativo de los actos separables (fase de preparación y adjudicación)³⁴, y necesariamente jurídico-públicos, de cualquier tipo de contrato. La salvaguarda de las propias garantías y principios nucleares de las Directivas comunitarias pasa, precisamente, por el sometimiento a un mismo orden jurisdiccional de aquellas fases contractuales vinculadas a la efectiva protección del interés general tutelado, más allá de la naturaleza –pública o privada– del contrato. Como acertadamente se ha dicho, las fases de preparación y adjudicación del contrato son, en el fondo, “actos administrativos” –que se incluyen funcionalmente en la unidad del contrato–, y, por tanto, vehículo de satisfacción de los intereses generales: no son expresión de una libertad de pacto, sino elementos esenciales –nucleares– del contrato³⁵. Y, sin embargo, el nuevo art. 21.2 LCSP establece que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes sometidos a la Ley pero que no tengan el carácter de Administración pública, y siempre que dichos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada, en una aparente contradicción –sólo excepcionable desde una interpretación flexible del entrecruzamiento de remisiones normativas efectuado– con lo dispuesto en el art. 2.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa³⁶ y el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de

³³ Vide, así, DEL SAZ, S., “La nueva Ley ...”, *op. cit.* Conviene reseñar, no obstante, que según el art. 21 LCSP la diferenciación entre contratos sometidos o no a las previsiones comunitarias ha permitido fortalecer parcialmente el control judicial de los contratos privados realizados por los entes adjudicadores. “*El control de los actos separables de los contratos privados por la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá no sólo a los de los que se celebren por las Administraciones Públicas sino también a los de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades de derecho privado del sector público y los sujetos privados, en el caso de los subvencionados*”, MORENO MOLINA, J. A., “¿Por qué una nueva Ley ...?”, *op. cit.*, pág. 445.

³⁴ En este sentido, por ejemplo, BAÑO LEÓN, J. M., *Voz “Actos separables”*, en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 20.

³⁵ Vide MEILÁN GIL, J. L., *La estructura ...*, *op. cit.*, pág. 92.

³⁶ “*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas*”. La LJCA ratifica –aparentemente– la unidad jurisdiccional para la resolución de las controversias derivadas de la “fase pública” de la actividad contractual. Los actos de “preparación y adjudicación” de los contratos no administrativos son, como se sabe, “actos separables” con una evidente incidencia sobre los intereses y

26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Sobre un factor exclusivamente cuantitativo o formal (no llegar a los umbrales marcados por la normativa comuni-

finés públicos perseguidos –y fortalecidos ahora– por la normativa sobre contratos de las Administraciones públicas (efectiva publicidad y concurrencia, igualdad en el acceso a la contratación pública, no discriminación, objetividad en la selección, etc.). Por ello su control se somete igualmente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la nueva LCSP, en su intento integrador de factores objetivos y subjetivos para la clasificación y regulación de los diferentes contratos, parece incurrir en clara contradicción –modificando la legislación previa– al excluir dichas fases en los casos de contratos privados realizados por poderes adjudicadores no “calificados” –a los efectos únicamente de la LCSP– como Administración pública y acotados cuantitativamente por debajo de los umbrales comunitarios. Como se ha dicho, “*la LCSP ha introducido una importante brecha en esta doctrina. Desde el punto de vista adjetivo, la doctrina quiebra porque no todos los actos separables de los contratos celebrados por entes públicos, ni siquiera de todos los definidos como Administraciones Públicas en el art. 2 LRJAP están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y desde el punto de vista sustantivo, aunque hay un reducto público en toda actividad contractual del sector público, [...], en algunos supuestos, [...], la validez e invalidez de los actos de adjudicación se enjuiciará de acuerdo con el Derecho privado*”. GALLEGRO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones ...”, *op. cit.* Por otra parte, es verdad que la parquedad de la LJCA podría permitir una interpretación flexible –y ajustada por tanto a la nueva LCSP– de la cláusula de control de los actos separables, entendiéndose que no abarca a los contratos privados realizados por entes públicos sujetos al Derecho privado en su actividad contractual. Porque realmente esos contratos no se encuentran “sujetos a la legislación de contratación”, sino a la legislación civil correspondiente. El problema de esta interpretación es que no hay una equivalencia de categorías entre ambos grupos normativos (al igual que sucede con el art. 2.2 LRJAP, que aunque permite una singularización del régimen jurídico aplicable a las entidades de derecho público mencionadas, las califica claramente como “Administración pública”). Es decir, para la LCSP no son Administración pública determinados tipos de entes que, sin embargo, no tienen un régimen de actuación totalmente privado [en general, sobre esta evidente asimetría entre la categorización de las formas singulares y bilaterales de actuación administrativa se ha pronunciado, con lucidez, PAREJO ALFONSO, L., “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público”, en *Documentación Administrativa*, 274–275, (2006), pág. 18]. El art. 57 LOFAGE señala, por ejemplo, que las entidades públicas empresariales, que son efectivamente entes públicos de gestión regidos por el Derecho privado –salvo en el ejercicio de potestades administrativas–, ajustarán su actividad contractual a las “*previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas*”, remisión de cobertura pública que, entiendo, no puede entenderse como cláusula habilitante para que dicha normativa las excluya a su vez de su ámbito de aplicación. Y aparte de todo ello, la LCSP realiza una reinterpretación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la base de criterios “cuantitativos”, técnica ciertamente discutible desde la perspectiva interna de distribución jurisdiccional y de nuevo incompatible con la filosofía netamente material y funcional sostenida por las normas comunitarias. Es evidente, como se ha dicho, que el hecho de que un contrato no se encuentre sujeto al Derecho comunitario, por no alcanzar los umbrales mínimos de sujeción, no puede transformar, sin más, la naturaleza jurídica del órgano contratante, y, en segundo plano, los mecanismos jurisdiccionales de control de su actuación (BAÑO LEÓN, J. M., *Voz “actos separables”*, *op. cit.*, pág. 20. Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, las consideraciones de PLEITE GUA-DAMILLAS, F., “Ámbito de aplicación subjetivo del Proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica* (La Ley 1715/2007), 64, (2007), pág. 54 y ss.

taria³⁷) y una discutible –e inexistente en la terminología comunitaria– diferenciación entre “Administración pública” y otros entes del sector público, se elimina la garantía de control separable de la fase de adjudicación, obviando la propia filosofía de sujeción integral y utilización de criterios exclusivamente funcionales del marco normativo comunitario.

Según el apartado 3º de este art. 3, son “poderes adjudicadores”, incorporando expresamente la terminología común articulada a nivel comunitario, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones públicas (es decir, todos los entes considerados como tales por el apartado 2º del art. 3 LCSP);

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que no sean Administración pública en virtud del apartado a), que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia;

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores³⁸.

³⁷ Que por lo demás, y como es sabido, no supone en ningún caso la exclusión total de las exigencias comunitarias, puesto que, sea cual sea el valor o cuantía de los contratos, las entidades adjudicadoras están obligadas, por el propio carácter estructural de los principios que inspiran este grupo normativo, a respetar las normas fundamentales del Tratado y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en particular (entre otras muchas, la reciente STJCE de 15 de mayo de 2008, asunto *SECAP SpA*, apartado 20).

³⁸ Respecto de esta tercera categoría de “poderes adjudicadores”, y ante el silencio de la jurisprudencia comunitaria, cabe entender, siguiendo la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema, desde una óptica garantista y expansiva, que las asociaciones sujetas a las reglas de la contratación pública pueden estar integradas por uno o varios poderes adjudicadores “primarios” u originales, y que su naturaleza jurídica no puede reducirse, sobre la base de las categorías internas, al concepto estricto de “asociación”, sino más bien a cualquier tipo de agrupación, entidad o persona jurídica en la que participe un poder adjudicador en conjunción con otros, con independencia de la forma jurídica de revestimiento, *vide* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho comunitario ...*, *op. cit.*, pág. 50. Con anterioridad también se había pronunciado sobre la cuestión CONCHA JARAVA, M., *El concepto de poder adjudicador en materia de contratación pública: la sentencia de 15 de enero de 1998*, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas. IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía-Comares, Granada, 2001, pág. 243 y ss.

Por tanto, hay dos clases fundamentales de “poderes adjudicadores”: por un lado, lo son, automáticamente, todos los entes considerados “Administración pública” (“entes primarios”); y, por otro, cualesquiera otros, con personalidad jurídica propia, es decir, que se trate de auténticas “entidades” – instrumentales, fundacionales o societarias–, ya sean de derecho público o de derecho privado, creadas específicamente para cumplir objetivos o necesidades de interés general (“entes derivados o secundarios”), siempre y cuanto estas últimas:

- no tengan carácter industrial o mercantil (no hay contradicción entre el concepto de interés general y el carácter industrial o mercantil de la actividad, puesto que aunque lo normal es que las necesidades de interés general se satisfagan al margen del mercado, pueden darse casos en que, pudiéndose satisfacer de esta forma, el Estado prefiera desarrollarlas por sí mismo, o aun dejándolas en el mercado, mantener sobre ellas una influencia dominante)³⁹; y
- uno o varios poderes adjudicadores, a su vez, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

A pesar de la diferenciación, impuesta más por imperativos comunitarios que por exigencias de racionalidad ordinamental interna, lo cierto es que la figura central de la Ley sigue siendo el contrato de la Administración Pública, y, más concretamente, los contratos administrativos celebrados por las mismas. Siendo así, sometida una y otra clase a la máxima intensidad de regulación y garantías, la diferencia más notable entre los contratos sujetos a regulación armonizada o no radica en la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (lo cual ya estaba previsto, de hecho, en el anterior TRLC). Ahora bien, lo que sí resulta más cuestionable de la diferenciación legal es la naturaleza jurídica de los contratos a realizar por estas entidades según el art. 20.1 LCSP. Si entre Administración pública y poder adjudi-

³⁹ SSTJCE de 10 de noviembre de 1998, TJCE 1998/268, as. *Gemeente Amhem* y 10 de mayo de 2001, TJCE 2001/136. as. *Agorá*. Sobre la evolución normativa comunitaria en materia de contratación pública y la progresiva interpretación de los requisitos centrales, entre ellos el de “necesidades de interés general”, puede verse FERNÁNDEZ GARCÍA, M^o. Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”, *Revista de Administración Pública*, 166, (2005), especialmente pág. 294 y ss.

gador no parece haber diferencias en el grado de aplicación de la Ley, porque, de hecho, a nivel comunitario no existe una distinción en tal sentido (la categoría única es la de “organismo de derecho público”), ¿cómo es posible que todos los contratos –sin distinción o verificación de su naturaleza real o funcional– que realice una entidad que no sea Administración pública se declaren como “privados”⁴⁰? El art. 20.1 LCSP no parece tener mucho sentido desde la perspectiva de actuación de poderes adjudicadores que se comportan como auténticas “Administraciones públicas”, aparte de que el criterio subsidiario de aplicación del art. 3.3 LCSP no se refiere sólo a entidades de derecho privado sino a cualquier otra entidad, también de derecho público, no concedida estrictamente como Administración pública⁴¹.

Uno de los aciertos de la LCSP –en realidad, cumplimiento de una obligación comunitaria– ha sido aclarar el régimen jurídico de estos “poderes adjudicadores” que no son Administración Pública pero que se encuentran sujetos a las reglas imperativas de los contratos del sector público (operación más de sistematización que de reforma, dada la amplitud del ámbito subjetivo que preveía ya la normativa previa tras las sucesivas reformas del TRLC). La cláusula de cierre del art. 3.1.h) constituye la transposición casi literal de la definición de “organismo de Derecho público” utilizada por las Directivas de contratos, y manejada reiteradamente por el Tribunal de Justicia para la elucidación de los entes privados nacionales sujetos o no a las exigencias de la normativa de contratos públicos. Queda claro, entonces, que los “poderes ad-

⁴⁰ Desde una óptica crítica semejante se ha manifestado también GIMENO FELIÚ, J. M^a., “El nuevo ámbito subjetivo...”, *op. cit.*, págs. 46–47: “*se opta por abandonar categorías aceptadas por el Derecho administrativo al afirmar que las entidades públicas empresariales no tendrán la consideración de Administración pública [...]. Esto significa que sus contratos serán privados, lo que, en concordancia con el artículo 21.2 de la LCSP –que residencia en el orden civil también los actos de preparación y adjudicación de estos contratos de entes que no son Administración pública–, nos lleva al siguiente interrogante: ¿cómo es posible que actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residencien en la jurisdicción civil? ¿No son actos administrativos? Se resucita, en definitiva, la problemática de la dualidad de jurisdicciones [...]*”.

⁴¹ Por todo ello, se ha podido preguntar lo siguiente: ¿será siempre privado un contrato de obras para la ampliación de un aeropuerto que otorgue AENA (entidad pública empresarial en virtud de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990)? ¿O la ejecución de una urbanización promovida por SEPES (entidad pública empresarial del suelo, constituida como tal por el RD 2640/1981, de 30 de octubre?, *vide* SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., “La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 743, (2008).

judicadores” son aquellas entidades –aparte de las Administraciones públicas *stricto sensu*– creadas para satisfacer necesidades de interés público de carácter no industrial o mercantil⁴² y controladas, financiadas y/o gestionadas por otra entidad que a su vez sea poder adjudicador (ya sea o no una Administración pública)⁴³. Se incluyen por tanto indudablemente ya las personificaciones en forma jurídico–privada de sociedad o de fundación bajo gestión o control públicos (que integran expresamente el “sector público” en virtud de las letras

⁴² Según la STJCE de 16 de octubre de 2003 (asunto C–283/2000), en la que se dilucidaba la naturaleza jurídica de SIEPSA, el concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” no depende de su calificación o desarrollo internos, sino de su configuración comunitaria. Es un concepto autónomo y comunitario, con una interpretación uniforme en toda la Unión Europea, pero variable según las circunstancias jurídicas y fácticas, aunque teniendo siempre en cuenta el contexto de la disposición en que figura y el objetivo a perseguir por la normativa de que se trate. En principio, y como orientación, no serían actividades de carácter industrial o mercantil las necesidades que no se satisfacen mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado (el dato a tener en cuenta sería la actividad de mercado o no de un sujeto público determinado, su actuación prestacional directa en régimen de competencia con otros operadores privados), quedando excluidas también aquellas actividades que, por razón del interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante. Pero en realidad, el concepto de necesidades de interés general se ha apreciado con bastante amplitud por el TJCE, incluso en los casos de una relación meramente indirecta entre la actividad instrumental y los intereses públicos conectados (p. e. se ha afirmado que sí cumplen este requisitos una entidad que se ocupa de los servicios funerarios, una entidad encargada de la recogida y tratamiento de residuos sólidos, una sociedad gestora de viviendas de alquiler a precios moderados, una imprenta utilizada para imprimir documentos de carácter confidencial o sujetos a normas de seguridad, etc.)

⁴³ Curiosamente, y después de las diversas sentencias condenatorias del TJCE, el legislador español parece haber ido en este punto más allá incluso de lo exigido por la normativa comunitaria, al exigir expresamente mayoría en la financiación por parte de las entidades matrices. Pero realmente el elemento clave para discernir la obligación de sujeción a las previsiones comunitarias no es el grado de participación económica en la sociedad o fundación en cuestión –criterio objetivo que no predetermina o condiciona los fines concretos del ente–, sino, de nuevo, la función o finalidad (de interés general o de carácter económico) perseguidas. El grado de participación pública (ya se trate de una participación orgánica o institucional, funcional o económica) no deja de ser un criterio formal y objetivo al que el legislador comunitario no presta atención. La “comunitarización” del mercado interior de la contratación pública exige el sometimiento a sus previsiones cuando el organismo de Derecho público implicado desarrolle o busque, a través de su actividad contractual, la satisfacción de intereses generales o públicos vinculados a la propia actividad administrativa. La nueva LCSP “formaliza” una aparente extensión de los entes societarios y fundacionales a las previsiones contractuales públicas pero incurre en un nuevo error material en la definición del ámbito de sujeción, al basarse de nuevo en criterios cuantitativos de participación pública más que en el dato clave de la función material o real realizada.

d) y f) del art. 3.1 LCSP)⁴⁴. Parece superarse la limitada operatividad –y el discutido ajustamiento a las exigencias comunitarias– de la normativa previa⁴⁵, concretamente del art. 1.3 TRLC, que se refería exclusivamente al “resto de entidades de derecho público” vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y, eso sí, sujetas a los dos parámetros comunitarios de satisfacción de necesidades generales que no sean industriales o mercantiles y financiación, gestión o dirección por otra Administración pública, rebajando a continuación el art. 2.1 TRLC el nivel de intensidad en la aplicación de la Ley para el resto de “entidades de derecho público o privado con personalidad jurídica propia” (observancia de las normas sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación), y siempre que se superaran los umbrales cuantitativos marcados en la propia Ley para determinados contratos⁴⁶.

⁴⁴ No obstante, el criterio específico de sujeción de las fundaciones públicas no parece totalmente acorde con las exigencias uniformes comunitarias. Lo decisivo para saber si un ente, de derecho público o de derecho privado, ha de considerarse “poder adjudicador” a los efectos de la normativa sobre contratación pública es el control que una Administración pública –u otro poder adjudicador, indirectamente– ejerce de forma efectiva sobre el ente en cuestión. Este control puede manifestarse de diferentes formas: por la designación de sus miembros directivos, por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, por la financiación de los contratos públicos a adjudicar, etc. Pero el elemento de la participación en el patrimonio no es decisivo por sí, como parece entender y explicitar ahora el apartado f) del art. 3.1 LCSP: “*fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*”.

⁴⁵ Vide, por todos, GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Contratos públicos ...*, op. cit., especialmente pág. 43 y ss.

⁴⁶ El criterio de distinción residía, pues, en el carácter público o privado de la entidad adjudicataria, al margen de los requisitos de actuación (características comunitarias de identificación) y de los contratos a llevar a cabo, criterio incompatible con el concepto unitario, funcional y uniforme de “organismo de Derecho público” acuñado, como se ha reseñado, por la jurisprudencia y la legislación comunitaria. La calificación de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público depende única y exclusivamente del cumplimiento acumulativo de los tres requisitos enunciados en el art. 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto, la forma o el régimen de Derecho privado –desde la perspectiva interna– constituya un criterio que pueda excluir por sí sólo su calificación como entidad adjudicadora, y, por tanto, la exención en la aplicación del “núcleo duro” de la normativa sobre contratación pública. Realmente, sólo una operación de coordinación material de este tipo podría sentar las bases del deseado mercado europeo de la contratación pública, regido por los principios nucleares de igualdad y libre competencia, transparencia de las licitaciones internas y compatibilización entre la propia funcionalidad socio-económica de la actividad contractual pública y los condicionantes actuales de control del gasto público y eficiencia en el uso y aplicación de los recursos.

Parece ahora atajarse el problema, causa de las sucesivas condenas comunitarias al Estado español y del oscilante proceso de reformas parciales de la precedente normativa sobre contratos, de la sujeción o no a este grupo normativo de las “*sociedades mercantiles públicas*”. Lo importante, como se ha dicho, no es la naturaleza jurídica interna del ente societario en cuestión (calificación doméstica autónoma), su eventual régimen jurídico-privado, en tanto sociedad “de” la Administración (no “parte” de la Administración), puesto que el efecto útil de las Directivas y la consecución superior –uniforme y coordinada– de los objetivos del mercado interior de la contratación (pública) de bienes y servicios, demandantes de un régimen común y funcional de transparencia, publicidad y objetividad en las adjudicaciones contractuales, imponen, en realidad, una interpretación “material” o “real” de las funciones a desarrollar, reducida a la verificación objetiva del cumplimiento de los tres requisitos acumulativos recogidos en las Directivas comunitarias. Ha de prevalecer, pues, la finalidad material comunitaria, que conecta en este caso con objetivos claves del proceso de integración europea, sobre la calificación formal interna. Sin embargo, después de sucesivas reformas, el anterior TRLC había permanecido anclado en una visión parcial de las exigencias normativas comunitarias⁴⁷, perviviendo la excepcionalidad del régimen contractual –y, en el fondo, materialmente público– de las fundaciones privadas controladas o financiadas por sujetos públicos o por otras fundaciones públicas y de las personificaciones privadas controladas por un ente público, directa o indirectamente, sin verificación y consecuente discriminación de su actividad que podía no ser meramente económica sino enderezada a la consecución de fines de interés público, cuya fiscalización no puede quedar en manos de la normativa y la jurisdicción privadas⁴⁸. La Disposición Adicional 6ª TRLC, que cerraba –sorprendentemente por su colocación sistemática– el ámbito subjetivo de aplicación del anterior Texto Refundido, se refería, efectivamente, y sin mención a las funciones a desarrollar, a las sociedades públicas mercantiles y

⁴⁷ *Vide*, por todos, NOGUERA DE LA MUELA, B., “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico-español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 53, (2004), págs. 17-45.

⁴⁸ *Vide*, en este sentido, las nítidas consideraciones de BAÑO LEÓN, J. M^a., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 151, (2000), pág. 11 y ss.

fundaciones públicas, en el caso de los contratos no comprendidos en el art. 2.1⁴⁹, así como al resto de sociedades mercantiles de participación mayoritaria –directa o indirecta– de las Administraciones públicas o sus entes instrumentales, exigiendo solamente, en su actividad contractual, el respeto –indefinido y ambiguo por lo demás– de los principios de publicidad y concurrencia, y, además, con una expresa cláusula de escape: “*salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*”. Ahora, con la cláusula de cierre del apartado h) del art. 3.1 LCSP cualquier entidad de derecho público o de derecho privado, si cumple los requisitos de Derecho comunitario, estará claramente incluida en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, como parte del sector público⁵⁰.

Ahora bien, si, como parece, los dos requisitos comunitarios son insoslayables, ya se trate de entes de naturaleza pública o privada, no se entiende bien la exclusión expresa –y absoluta– por el apartado 2º de este art. 3 LCSP de las “entidades públicas empresariales” que, si bien tienen un régimen de actuación jurídico–privado, son, evidentemente, entes de naturaleza y forma públicas (art. 53 LOFAGE), aparte de que muchas de las existentes podrían incluirse perfectamente en el ámbito señalado de los entes cuya actividad principal no es mercantil ni su financiación deviene de las contraprestaciones que obtienen en el mercado. Antes, si se consideraban poderes adjudicadores (por el cumplimiento de los requisitos comunitarios), equiparaban su régimen contractual al de las Administraciones públicas; ahora, por un dato meramente formal, todos sus contratos son privados y, por ello, se sujetan a un régimen de publicación contractual menor (sujeción a las reglas de publicidad y procedimientos de licitación cuando celebren contratos armonizados).

⁴⁹ En este supuesto habría un nivel de regulación más intenso. Se trataría de sociedades y fundaciones del sector público que reunían las características de organismos públicos en sentido comunitario y además adjudicaran alguno de los tipos contractuales y umbrales cuantitativos de los previstos en el anterior art. 2.1 TRLC. En su momento, no obstante, llegó a señalarse que esta Disposición Adicional parecía considerarse más una *directiva* que una norma estrictamente vinculante y con plena eficacia frente a terceros. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: especial referencia a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Respuestas de la jurisprudencia*, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.), *La contratación ...*, *op. cit.*, pág. 211.

⁵⁰ Más concretamente, como parte del “sector público empresarial”, de acuerdo con la nítida sistemática utilizada, para la adecuada inteligibilidad del vasto conjunto de entidades instrumentales estatales, por el profesor DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 58 y ss.

3ª. *Restantes entes del sector público (ni “Administración pública” ni “poder adjudicador”)*. Son el resto de entes que no son ni Administración Pública en sentido estricto ni se encuentran dentro del radio de aplicación de la Directiva 2004/18/CE (es decir, que han sido creados para satisfacer necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil o no están controlados o financiados por los poderes públicos). Más concretamente, todos los demás entes residuales del sector público (de base societaria), los enumerados en el ámbito del art. 3.1, que no se encuentran mencionados en el art. 13.1 LCSP (contratos sujetos a una regulación armonizada cuya entidad contratante ha de ser obligatoriamente un “poder adjudicador”, incluyendo los contratos subvencionados por dichas entidades). Su régimen jurídico se reduce ya, aparte de las normas comunes del Libro I, a la observancia de unas directrices y reglas mínimas de transparencia y concurrencia para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (art. 176 LCSP), en tanto sociedades o empresas públicas creadas específicamente para satisfacer necesidades económicas de la Administración⁵¹.

Como conclusión de este análisis del ámbito subjetivo de la nueva LCSP puede señalarse que la pretendida exhaustividad y concreción perseguidas, articuladas sobre la base de una nueva sistematización, más formal que material (prácticamente se reproduce el ámbito subjetivo del anterior TRLC después de las sucesivas reformas que había venido sufriendo)⁵², adolecen, y se ven por

⁵¹ Tiene razón la profesora GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones ...”, *op. cit.*, cuando afirma que el gran esfuerzo sistematizador y clarificador de la LCSP contrasta con una escaso avance sustantivo en las reglas y parámetros públicos de control de la actividad contractual de los entes societarios públicos. Porque la “principal aportación de la LCSP respecto a la D. A. 6ª TRLCAP es la aplicación a los entes del sector público que no tienen la condición de poderes adjudicadores las normas relativas a la aptitud para contratar del empresario y una mínima precisión de la forma de hacer efectivos los principios relativos a la contratación pública”.

⁵² Como se ha apuntado acertadamente, “la nueva Ley mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho –pero que no se conocen en las Directivas comunitarias– de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado) para los contratos del sector público, precisando los supuestos en que se aplica uno u otro y las normas que les son aplicables”, MORENO MOLINA, J. A., “¿Por qué una nueva ley ...”, *op. cit.*, pág. 444. Es posible, a mi juicio, que esa forzada conmixtión entre el marco tradicional interno, fundado en una doble y paralela dicotomía de carácter objetivo y formal, y las nuevas exigencias subjetivo–funcionales derivadas de una normativa contractual uniforme centrada únicamente en la contratación de los poderes públicos, haya sido la causa de la compleja articulación positiva reflejada en la nueva LCSP. Frente a una mayor sistematización y claridad del ámbito subjetivo de aplicación, se introduce un complicado esquema de remisiones y verificación de factores concu-

ello enturbiadas, de una inadecuada confusión y reiteración de previsiones. Realmente, la sistemática utilizada, con la pretensión de abarcar la totalidad de entes del sector público, es más precisa, pero, a la vez, más compleja que la normativa anterior⁵³. Aparte de alguna previsión dudosa, y de opciones discutibles como la exclusión global del ámbito de las Administraciones públicas de las entidades públicas empresariales, lo cierto es que resulta difícil, al final, dilucidar el régimen jurídico propio de cada tipo contractual, por los diferentes niveles de aplicación, la diversidad de entidades contratantes y los paralelos tipos de contratos. Por ejemplo, las agencias estatales, que pertenecen al sector público, no se consideran formalmente como Administración pública, remitiéndose entonces el juicio sobre su consideración como poder adjudicador al análisis, al final caso por caso, del cumplimiento de los requisitos acumulativos exigidos por el Derecho comunitario (art. 3.3 LCSP), cuando parece claro que si su objetivo común es la mejora en la gestión de los servicios públicos –para lo que se dotan de personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía de gestión– a través del ejercicio de auténticas potestades administrativas, difícilmente se dará el caso de que su actuación en la satisfacción de los intereses generales tengan carácter industrial o mercantil. Pero el mayor error de la Ley radica en la confusión de la figura central utilizada para sujetar a los entes del sector público a esta normativa: en primer lugar, no se define de forma exacta el concepto de “poder adjudicador”; pero, en segundo lugar, y más importante, se confunde el género –es decir, el poder adjudicador– con la especie –los distintos tipos de entes o sujetos contratantes sometidos a la Ley–⁵⁴. En otras palabras, el poder adjudicador no es un tipo de ente

rentes (tipo de entidad, tipo de contrato, carácter comunitario o no) que puede abocar a un excesivo casuismo aplicativo y a una mayor dificultad en la propia interpretación de las previsiones legales, *vide* igualmente en este sentido GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica*, 72, (2008), pág. 36 y ss.

⁵³ No hubiera sido incorrecto, por ejemplo, seguir la opción del legislador andaluz en este punto. El art. 122 de la Ley 18/2003, de 19 de diciembre señala que las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria quedarán sujetas a las reglas de la Ley de contratos cuando superen los umbrales comunitarios. En vez de intentar una sistematización completa, se realiza una remisión genérica al Derecho comunitario, como fuente última de legitimación y control.

⁵⁴ *Vide* la clarificadora exposición sobre este punto de GIMENO FELIU, J. M^a., “El nuevo ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, págs. 39–40 y antes en “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 14, (2007).

del sector público. Todos los entes contratantes son, por ello mismo, “poderes adjudicadores”, cuando se cumplen los requisitos comunitarios para su configuración –en esa línea, deberían haberse enumerado, no los entes integrantes del sector público, sino los entes considerados “poder adjudicador”–. La LCSP parece distinguir claramente entre Administraciones públicas y poderes adjudicadores –y otros que no son ni lo uno ni lo otro–, y, verdaderamente, todos son poderes adjudicadores, en tanto sujetos aptos para llevar a cabo una actividad contractual determinada. “Poder adjudicador” es, en fin, no una clase de ente contratante que reúne unas características, sino –genéricamente– cualquier organismo contratante –al menos desde la perspectiva y terminología comunitarias–. Probablemente la confusión del legislador nazca de la pretendida disociación entre el tradicional contrato administrativo y el reflejo indirecto de su concepción funcional sobre el resto de entes –variados y complejos– del sector público español.

II. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY: LAS CONTROVERTIDAS FIGURAS DE LOS “CONVENIOS” EXCLUIDOS Y LOS “CONTRATOS DOMÉSTICOS” DE LA ADMINISTRACIÓN

La LCSP configura desde el principio, como reseñábamos más arriba, diversas categorías contractuales, con regímenes jurídicos igualmente diferenciados, apartándose así de la sistemática clásica –disposiciones generales, procedimiento contractual y reglas especiales para los distintos tipos de contratos administrativos– del TRLC. De forma novedosa, la calificación jurídica de los diferentes contratos previstos en la LCSP viene determinada por la categoría del órgano de contratación, con lo que se impone una conexión sustancial entre el ámbito objetivo y el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Concretamente, pueden distinguirse las siguientes categorías generales –con sus correspondientes regímenes jurídicos–, haciendo en este momento un especial hincapié en los contratos excluidos y en los tipos más dudosos acuñados por el nuevo art. 4 LCSP, y teniendo en cuenta sobre todo que la dualidad de categorías *contratos administrativos/contratos privados* no responde ya a la rígida ecuación material del TRLC (contratos vinculados o no al tráfico o fin correspondiente de la Administración pública): los artículos 5 a 12 LCSP no acuñan, estrictamente hablando, “contratos administrativos”, típicamente administrativos, sino “modalidades contractuales”, que, en función del sujeto adjudicador, podrán también dar lugar a contratos privados⁵⁵.

⁵⁵ Vide, así, las consideraciones de MORENO MOLINA, J. A., “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público”, *Documentación Administrativa*, 274–275, (2006), pág. 49.

A) *Contratos administrativos (típicos)*.– Son única y exclusivamente los contratos celebrados por una Administración pública en sentido estricto⁵⁶, y que puedan encuadrarse en alguna de las siguientes categorías (art. 19 LCSP), diferenciando claramente, al margen de la naturaleza pública o privada, el concepto y régimen jurídico de cada uno de ellos:

– Contrato de obra: su objeto consiste en la realización de una obra –y el posible proyecto previo– o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización de obras conectadas con las necesidades especificadas por la entidad contratante⁵⁷.

– Contrato de concesión de obra pública: realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del apartado anterior, teniendo como contraprestación bien únicamente el derecho a explotar la obra o bien dicho derecho más el de percibir un precio.

– Contrato de suministro: su objeto es, en una notable ampliación de esta modalidad contractual, la adquisición, arrendamiento financiero o arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles, excluyéndose en todo caso los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

– Contrato de gestión de servicios públicos: su objeto es la gestión indirecta de un servicio público cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada⁵⁸.

⁵⁶ Art. 20.1 LCSP, a *sensu contrario*. Aunque el artículo anterior, que enumera los contratos administrativos, para ofrecer la posibilidad de que los mismos se celebren por un ente que no se considere Administración pública. Dice así: “*Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública*”. ¿Es esto una afirmación reiterativa o una posibilidad?

⁵⁷ Según la jurisprudencia comunitaria, los contratos públicos de obras “*son contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y una entidad adjudicadora, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de actividades de obra o de la obra resultante, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora*”, independientemente de que en el acuerdo se prevea también la realización adicional de actividades constitutivas de prestaciones de servicios (criterio del objeto principal del contrato), y de que la ejecución efectiva de las obras se lleve a cabo directamente por el contratista o por un tercero subcontratista, STJCE de 18 de enero de 2007, TJCE 2007/16, asunto *Jean Auroux*, apartado 29.

⁵⁸ Parece claro, no obstante, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, que en sí el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual perfilada, al menos desde la

– Contrato de servicios: su objeto son las prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

– Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: son aquellos en que una Administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos; b) gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Esta última modalidad contractual es la auténtica novedad de la LCSP en este punto, incluso adelantándose a la normativa comunitaria específica actualmente en tramitación. Su funcionalidad es evidente: externalizar los costes públicos de las grandes actuaciones competencia de la Administración. El proyecto se desarrolla conjuntamente por el sector público y el sector privado, en un aparente plano de igualdad. El problema es que la valentía del legislador español no ha sido total, puesto que este contrato se configura como una modalidad subsidiaria: sólo podrá utilizarse cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas perseguidas en cada caso.

– Contratos especiales⁵⁹

perspectiva de nuestro derecho interno, sino una técnica plural de gestión de los servicios públicos: “*La gestión indirecta es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual mediante las que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación, confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella*”, COLÁS TENAS, J., *Voz “Contrato de gestión de servicios públicos”*, en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario ...*, op. cit., pág. 182.

⁵⁹ Se trata de los “*contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siem-*

Todo contrato administrativo se rige, tanto en su fase de preparación y adjudicación, como en la fase de desarrollo y extinción por la LCSP (aunque sólo de forma subsidiaria para los contratos especiales), sometiéndose los conflictos que puedan surgir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Contratos sujetos a regulación armonizada.– Se trata, como novedad respecto al TRLC, de los contratos que se otorguen por entes administrativos que sean poderes adjudicadores y sean de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios que igualen o sobrepasen los umbrales cuantitativos establecidos por la LCSP, y en todo caso los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 13.1 LCSP).

También tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades, tal y como dispone el art. 17 LCSP. Se trata, por tanto, de contratos celebrados por sujetos no pertenecientes al sector público, pero incorporados al ámbito de sujeción de la normativa comunitaria por su conexión directa (financiación de una parte relevante de su importe) con aquellos. Igual sucede con los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas, regulados en el art. 250 LCSP.

C) Contratos privados.– Son los celebrados por las entidades del sector público que no sean Administración pública⁶⁰. El régimen jurídico de estos contratos y la jurisdicción competente para resolver los litigios en materia de adjudicación y/o ejecución será:

- a. En los contratos privados sujetos a regulación armonizada, su preparación y adjudicación se regirá por la LCSP, mientras que su desarrollo y extinción se someten al Derecho privado.

pre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados". Como se ha señalado, los contratos administrativos especiales sí se siguen definiendo en base a su vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por la satisfacción de una función pública de la específica competencia de aquélla. "Sin embargo, la categoría de los contratos especiales va a perder mucha fuerza aplicativa como consecuencia de la amplia definición en la LCSP de los contratos típicos y en especial, de la figura de los contratos de servicios, que se convierten con la nueva Ley en el cajón de sastre donde incluir las prestaciones de hacer que no sean de obras o suministros", MORENO MOLINA, J. A., "El ámbito objetivo ...", *op. cit.*, pág. 51.

⁶⁰ La predeterminación no juega, sin embargo, a la inversa. La propia LCSP permite, en ciertos supuestos, que las Administraciones Públicas celebren también contratos privados.

- b. En los contratos privados otorgados por entes del sector público que no sean Administración Pública ni estén sujetos a regulación armonizada, la jurisdicción civil será la competente para resolver tanto los conflictos derivados de la fase de licitación y adjudicación como de la fase de ejecución del contrato, desplazamiento global de la jurisdicción contencioso-administrativa ciertamente discutible, tal y como se ha avanzado más atrás.

Teniendo unas consecuencias tan importantes la distinción (el desplazamiento del centro de gravedad del control judicial incluso para las fases de preparación y adjudicación) sorprende que la LCSP utilice un criterio subjetivo tan rígido para la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración⁶¹. Parece que, en el fondo, todos los contratos celebrados por los entes integrantes del sector público habrán de ser “contratos públicos”, asumiendo la univocidad conceptual del Derecho comunitario, y que luego, dependiendo de la naturaleza interna específica del ente adjudicador, el régimen jurídico se bifurca entre contratos administrativos y contratos privados. Como se ha sostenido, no hay, en realidad, una doble naturaleza jurídica, ni una contraposición de institutos. La esencia es la misma: contratos de la Administración pública. La diferencia consiste, entonces, en la contingencia de una distinción, siempre matizable, articulada a los meros efectos legales, de la que, por tanto, difícilmente cabe extraer un criterio indubitado para la ruptura actual de la unidad de fuero⁶².

D) *Contratos excluidos*.– La LCSP se aplica –aunque con diferente intensidad– a todos los contratos celebrados por los sujetos pertenecientes al sector público que se definen en el art. 3, exceptuando los supuestos que se enume-

⁶¹ Como se ha dicho, “no es fácilmente imaginable calificar de tal modo –como no administrativo– un acto de adjudicación de un contrato por una entidad pública empresarial, por ejemplo, pero parece que ésta es la inclinación del legislador. Más grave aún, porque ese mismo acto estará sujeto a la jurisdicción contenciosa (por tanto, será administrativo) si el contrato supera los umbrales de la regulación armonizada, pero cambiará misteriosamente de naturaleza jurídica cuando el contrato esté por debajo de dichos umbrales, pues en este caso será la jurisdicción civil la que entienda de él, con lo que al final hay que concluir que hasta una teoría jurídica tan consolidada como la de los actos separables puede ser hecha añicos por voluntad de legislador”, VICENTE IGLESIAS, J. L., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 106.

⁶² Vide FUERTES LÓPEZ, M., “Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, (2000).

ran en el art. 4, siguiendo parcialmente la fórmula de negocios y contratos excluidos que se recogía con anterioridad en el art. 3 TRLC. Son los siguientes:

a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral –relaciones de carácter estatutario o laboral especial difícilmente calificables como negocios jurídicos *stricto sensu*–.

b) Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general. La única diferencia con la regulación anterior es la aparente transformación de la facultad de utilización del servicio público por el carácter obligatorio del mismo.

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

Se regula en este apartado la controvertida figura de los *convenios de colaboración*, como fórmula de escape administrativo de la normativa sobre contratos públicos, reformada ya antes por el RD Ley 5/2005, de 11 de marzo (como respuesta a la Sentencia de condena de 13 de enero de 2005)⁶³ y retocada ahora para reafirmar el carácter restrictivo de los mismos cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de las normas comunitarias⁶⁴. Por ello, más allá de la denominación y fórmula del convenio, lo importante, para determinar o no la sujeción a la LCSP, es la “naturaleza” real del mismo, y siempre desde la exclusiva óptica comunitaria⁶⁵. Además habrá que tener en

⁶³ De acuerdo con dicha Sentencia, quedarían sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto fuera alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones, siendo el importe, en todo caso, irrelevante.

⁶⁴ Vide GIMENO FELIÚ, J. M^a., “Reflexiones críticas ...”, *op. cit.*

cuenta ahora la relación de esta figura con el nuevo y ampliado contrato de gestión de servicios públicos, a través del cual pueden ser prestados todos los servicios de competencia de la Administración –tengan o no contenido económico– siempre que sean susceptibles de explotación por particulares (art. 251.1 LCSP).

A tenor de la jurisprudencia, para saber cuándo nos encontramos ante un auténtico “contrato”, y no ante un aparente convenio –interadministrativo o con particulares–, habría que verificar, en primer lugar, si el objeto o prestación del concierto se halla directamente vinculado o no con la actividad específica de la Administración contratante y, en segundo lugar, si a través del mismo se satisface de manera directa una finalidad pública de la propia competencia de ésta⁶⁶. Y ello independientemente de la fórmula legal de personificación utilizada, de la forma jurídica (el criterio básico de sujeción es el objetivo o fin de la entidad) como reseña la STS de 22 de abril de 2005⁶⁷, y de las posibles relaciones interadministrativas entre las entidades públicas concurrentes⁶⁸.

⁶⁵ Como se ha ratificado en la reciente STJCE de 18 de diciembre de 2007, TJCE 2007/386, asunto *Correos*, “la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50”, apartado 50.

⁶⁶ STS de 18 de febrero de 2004, RJ 2004/1740, en el que se dilucidaba la naturaleza contractual o no de un convenio de colaboración concertado entre el Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat y el Grupo de Sanidad Porcina de Lérida: “a través de un denominado convenio de colaboración, concertado de modo directo y sin previo expediente que posibilite la concurrencia de otros posibles interesados que reúnan las condiciones de una oferta pública que no se ha formulado, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña ha concertado con una entidad privada, constituida casi de modo simultáneo y para la consecución de unos fines que se solapan con los que va a perseguir la unión resultante de ese convenio, la prestación conjunta de un servicio de interés público que se considera de vital importancia para la provincia de Lérida, que supone importantes prestaciones materiales y pecuniarias”.

⁶⁷ STS de 22 de abril de 2005, RJ 2005/4716. La Sentencia confirma que ante una sociedad mixta como la del caso de autos no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una indirecta y que la suscripción de un convenio interadministrativo incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada por un objeto limitado a un término municipal constituye una conducta elusiva de respeto a los principios de libertad de competencia y transparencia reiteradamente manifestados como esenciales.

⁶⁸ STJCE de 18 de enero de 2007, TJCE 2007/16, asunto *Jean Auroux*. Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye –según el TJCE– un contrato público de obras con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales. Se trataría de convenios cuyo objeto esté configurado por intereses privados sobre los que eventualmente concurren intereses públicos, excluyéndose en todo caso los convenios de colaboración con personas privadas para la realización de intercambios contractuales⁶⁹.

e) Los convenios incluidos en el ámbito del art. 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa⁷⁰.

f) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público.

g) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con

⁶⁹ Puede verse, en este sentido, GIMENO FELIÚ, J. M^a., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 128.

⁷⁰ El carácter abierto y difuso de esta exclusión –y la propia ambivalencia de su contenido– se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STJCE de 2 de octubre de 2008, as. C-157/06, *Comisión contra República Italiana*, relativa a la calificación de un contrato de suministro de helicópteros ligeros para las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos. Si bien es verdad que dichos helicópteros, por el destino reflejado en la norma de cobertura, estaban destinados en principio a servicios civiles (no militares), con la sola posibilidad de instalación de armamento ligero, “*la Comisión estimaba que, aunque se tratara de suministros militares, la Directiva 93/36 debería seguir siendo aplicable*”. Frente a ello, la República Italiana afirma que “*en el contexto internacional actual, los conceptos de guerra y de material de guerra han sufrido una modificación sustancial en relación con su significado inicial, como ocurre con el concepto de protección de los intereses esenciales de la seguridad nacional*”. Por ello, “*los helicópteros tienen que poseer ciertas características técnicas que les permitan ser utilizados eventualmente como sistemas de armas y de defensa*”. Frente a esas alegaciones, sostiene el TJCE que “*queda acreditado que el Decreto ministerial se refiere, como lo admite la República Italiana, a helicópteros cuya vocación civil es cierta, mientras que su finalidad militar sólo es eventual. Por consiguiente, la República Italiana no puede invocar válidamente el artículo 296 CE apartado 1, letra b) al que remite el artículo 3 de la Directiva 93/36, para justificar una normativa nacional que autoriza el recurso al procedimiento negociado para la adquisición de los helicópteros mencionados*”.

sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.

Este apartado coincide básicamente con la regulación anterior, aunque con una adecuada ampliación de los entes instrumentales afectados por el mismo, ahora cualquier organismo de derecho público.

h) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación conjunta de una obra, o relativos a los contratos de servicios destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.

i) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.

j) Los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.

k) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

l) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.

m) Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a la LCSP, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato.

Este apartado no estaba previsto en el anterior TRLC, concretándose en la exclusión de los supuestos en los que una entidad del sector público es la que realiza la prestación objeto del contrato, y salvo que proceda la aplicación de la Ley por el ser el receptor de los mismos una entidad sujeta.

n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el art. 24.6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que

tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a la LCSP, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en el Capítulo II del Título Preliminar de la LCSP, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los arts. 121.1 y 174 LCSP.

Se recoge en este apartado la exclusión del ámbito objetivo de la LCSP de los denominados “*contratos in house providing*” o contratos domésticos⁷¹.

La nueva regulación se ajusta, en principio, a los requerimientos establecidos progresivamente por la jurisprudencia comunitaria⁷², completando la versión previa que se ceñía a las posibles encomiendas de gestión encargadas a entidades y sociedades de capital íntegramente público⁷³, aunque avanzando ya las limitaciones comunitarias, al exigir que “*la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan*” (apartado l) del art. 3.1 TRLC, reformado por

⁷¹ Para un sector doctrinal, sin embargo, y de acuerdo con la propia literalidad normativa (“negocios jurídicos”) no estamos en presencia de una exclusión contractual específica, sino del reconocimiento de una realidad jurídica diferente. Técnicamente hablando, se trataría de operaciones que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos públicos, precisamente por no ser tales: estaríamos en este caso ante relaciones internas o *cuasi* internas de la Administración: “*prestaciones, suministros o ejecuciones realizadas a una autoridad pública por sus propios órganos o por entidades instrumentales (ya sean de Derecho público o privado) en relación de dependencia, aunque tengan personalidad jurídica propia*”, PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 38.

⁷² Quizás la única duda subsistente sea la remisión a los umbrales fijados en la Directiva 18/2004/CE, que no parece ser un criterio legitimador de la posible elusión de las normas sobre contratación pública a través de esta técnica o fórmula de autoorganización. Ahora bien, el problema de fondo puede derivar, como se ha señalado acertadamente, del hecho de que la LCSP haya asumido normativamente lo que es sólo doctrina jurisprudencial, en progresiva construcción y, por lo demás, bastante oscilante e imprecisa.

⁷³ Sobre el tema puede verse BERNAL BLAY, M. Á., “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l) TRLCAP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 129, (2006), pág. 77 y ss.

la Ley 42/2006, de 28 de diciembre). Ahora se amplía el ámbito de la exclusión a “cualquier negocio jurídico”⁷⁴, pero se reseña expresamente que la condición de medio propio y servicio técnico del mismo implica que los poderes adjudicadores que encargan la prestación han de ostentar sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios, en la parte esencial de la actividad, exigiéndose, en el caso de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública⁷⁵.

Conviene recordar que los contratos *in house providing* o “contratos domésticos” son aquellos en que una Administración pública encarga la prestación (una obra o servicio) a un ente instrumental, vinculado al ente contratante, sin aplicar la normativa sobre contratación pública. Se trata, pues, de encargos “internos”, alojables dentro del marco, más amplio, de la capacidad de autoorganización propia de los entes administrativos^{75 bis} que, sin necesidad de acudir a un proceso de contratación y a la colaboración de sujetos privados, utilizan sus “propios medios” instrumentales para la prestación de determinadas funciones y actividades administrativas.

Junto al propio debate dogmático sobre el papel y las posibilidades de actuación de los entes administrativos que puede derivar de la configuración de este tipo de modalidades contractuales (excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por un poder adjudicador), el mayor problema que se plantea, y que ha permitido la edición de una amplia jurisprudencia comunitaria al respecto, es el contraste entre la capacidad de autoorganización y prestación propia de la Administración y el respeto de las reglas de la libre competencia y la contratación pública cuando se trate de actividades de naturaleza económica. El concepto amplio y funcional que ha consagrado el TJCE de “poder adjudicador”

⁷⁴ Por ejemplo, una concesión de servicios públicos atribuida por un organismo público a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, excepción a las reglas básicas del sistema de contratación pública de igualdad y no discriminación admitida por la STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant S.A.*, apartado 42 y ss. *Vide* también, sobre la interpretación del registro del “control análogo” la STJCE de 10 de septiembre de 2009, as. C-573/07.

⁷⁵ De hecho, “*la circunstancia de que la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios*”, STJCE de 13 de noviembre de 2008, as. C-324/07, apartado 31.

^{75 bis} Donde cabría alojar, igualmente, el supuesto de colaboración de varias entidades públicas, vide STJCE de 9 de junio de 2009, as. C-480/06.

puede chocar con la exclusión de determinados encargos o “contratos” realizados por una Administración a entes instrumentales, fundamentalmente de Derecho privado, sin respetar los procedimientos y garantías de la licitación pública, y con la consiguiente restricción de la posible concurrencia de otros contratistas privados. Por ello, el TJCE ha restringido esta posibilidad de “contratación interna”, más en concreto, de pura encomienda interadministrativa de actuaciones –frente a la decisión de externalización formal y funcional de los servicios–, sobre la base de dos requisitos acumulativos, y de necesaria interpretación estricta: que la Administración contratante (entidad matriz) ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que existe sobre sus propios órganos o servicios –aunque no es necesario que sea un control “totalmente idéntico” y “completamente individual”, sí debe conllevar una influencia estratégica determinante o potencialmente determinante– y que se realice la parte esencial de la actividad con la propia Administración controladora⁷⁶. Es decir, que se trate de servicios propios⁷⁷, aunque desconcentrados respecto de la estructura original administrativa. No hay contrato, pues, cuando se trata de la misma persona jurídica⁷⁸.

⁷⁶ Puede verse, dentro de la amplia jurisprudencia emanada ya sobre el tema, la STJCE de 13 de octubre de 2005, TJCE 2005/295, asunto *Parking Brixen GMBH*, donde se concluye que la adjudicación de la gestión de los aparcamientos públicos de pago constituye realmente una concesión de servicios públicos, y no un contrato público de servicios, puesto que la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública encomendante, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento.

⁷⁷ Al no existir un concurso de voluntades, se entiende que no existe realmente un contrato, aunque formalmente se trate de una relación administrativa entre dos personas jurídicas distintas. La relación de dependencia entre el ente matriz y la entidad adjudicataria del encargo diluye la posible autonomía decisional (voluntad) de la segunda. “*Sólo hay una única voluntad decisoria que ordena la realización de una determinada actividad a un apéndice propio, mediante la adopción de un acto administrativo*”, unilateral, por tanto, y de obligada aceptación por parte de la entidad especializada. La excepción *in house* responde al hecho de la existencia de una única voluntad, de un encargo o encomienda de carácter puramente interno o doméstico, reduciéndose la dualidad formal de entes afectados a una unidad material de decisión informada por la consecución más efectiva del interés general implicado. En este sentido, y aún sometida a una interpretación estricta, “*la excepción in house permite a los Estados miembros disponer, en todo caso, de un margen de maniobra para poder asegurar una gestión adecuada de los servicios de interés general, frente a la obligación de apertura a la concurrencia derivada del principio de libre prestación de servicios*”, vide PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house ...*, *op. cit.*, págs. 39–40 y 48.

⁷⁸ Aclara, además el art. 24.6 de la nueva LCSP que “*en todo caso se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo*

El problema a nivel interno, dejando de lado el propio carácter abierto y oscilante del proceso de concreción jurisprudencial comunitaria⁷⁹, es que el TRLC no se refería inicialmente de manera expresa a este tipo genérico de contratos domésticos. Lo que sí contenía el art. 3 del TRLC, como estamos viendo, eran determinados negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación, y susceptibles, por tanto, de tramitación de acuerdo con las reglas del Derecho privado (aparte de la clásica posibilidad de la ejecución de obras por la propia Administración con medios propios y la fabricación de bienes muebles también por la propia Administración). Dentro de estos negocios excluidos, se preveían dos figuras que podían dar cabida, con sujeción a la construcción jurisprudencial comunitaria, a los llamados contratos domésticos: los convenios de colaboración interadministrativos (con entes de Derecho público o de Derecho privado) y las encomiendas de gestión. Pero lo cierto es que las Administraciones públicas españolas, y el propio legislador –estatal y autonómico– habían venido aplicando indebidamente la doctrina comunitaria, considerando medio propio a entidades (normalmente sociedades públicas mercantiles) que no reunían claramente los requisitos exigidos para ello, como se ha puesto al final de manifiesto con la famosa Sentencia TRAGSA.

En virtud del art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se otorgó a la empresa pública TRAGSA la calificación de medio propio de la Administración del Estado, y, en su caso, autonómica. Según la versión interna española, esta entidad, a pesar de tener personalidad jurídica propia, ser formalmente una entidad distinta a la Administración estatal, en realidad no tenía autonomía decisoria, por lo que un encargo entre ambos entes nunca sería un auténtico contrato sujeto a las reglas comunitarias de la contratación pública. Si no había dos voluntades, no existiría en ningún caso un negocio contractual. Lo que existiría sería un mero encargo o encomienda, de carácter obligatorio para la segunda

con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”, exigiéndose además, como requisitos formales y de seguridad jurídica, que la condición de medio propio “se reconozca expresamente por la norma de creación o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurre ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

⁷⁹ Como ha puesto gráficamente de manifiesto PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house* ..., *op. cit.*, pág. 79 y ss.

entidad, y derivado de una orden expresa de la Administración, que retendría, por tanto, potestades de control y dirección sobre su ejecución⁸⁰. Sin embargo, la cuestión de su naturaleza jurídica nunca había sido pacífica. Por ello, el Tribunal Supremo sometió cuestión prejudicial al TJCE sobre la posibilidad de que TRAGSA realizara obras públicas sin sometimiento al régimen general de la contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público⁸¹. El asunto se ha resuelto mediante la importante y reciente Sentencia de 19 de abril de 2007⁸². Para el TJCE, TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomiende, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. No hay, pues, relación contractual entre estos sujetos públicos, sino un mandato interno, dependiente y subordinado, en la medida, concluye el TJCE –en un claro ejercicio de matización o relativización de la línea jurisprudencial previa–, que esta sociedad totalmente pública constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entidades matrices. Lo más discutible de la Sentencia es que TRAGSA pueda considerarse también como medio propio de la Administración autonómica (lo que se ha denominado “*encomiendas o encargos cruzados*”)⁸³, cuando la práctica totalidad del capital social pertenece a la Administración del Estado (las Comunidades Autónomas de Madrid, Navarra, Castilla La Mancha y Cantabria, un 0,01 %), discrepancia que se puso de manifiesto de hecho en las Conclusiones presentadas al efecto por el Abogado General. Una cosa es que realice gran parte de su actividad para las Comunidades Autónomas y otra que se considere, con la participación que tienen, como medio propio o doméstico de éstas, que difícilmente pueden controlar las decisiones estratégicas de la sociedad. Pero el hecho es que

⁸⁰ STJCE de 19 de abril de 2007, TJCE 2007/85, asunto *Tragsa II*, apartados 21 y 22.

⁸¹ A pesar de que ya antes se había pronunciado el TJCE sobre la naturaleza no contractual de la actividad jurídica de la entidad en cuestión, en la sentencia previa de 8 de mayo de 2003, TJCE 2003/122, asunto *Tragsa I*, si bien es verdad que analizando sólo la concurrencia del primer requisito jurisprudencial, al conectar la necesidad de un control análogo de la entidad matriz sobre el ente instrumental con el dato de la existencia de una evidente relación de dependencia.

⁸² TJCE 2007/85, asunto *Tragsa II*.

⁸³ Porque realmente, y como ha señalado el propio TJCE, “*debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha entidad*”, STJCE de 13 de noviembre de 2008, as. C-324/07, sobre la adjudicación por un municipio de un contrato de concesión de servicio público a una sociedad cooperativa intermunicipal.

la nueva LCSP ha aprovechado el fallo favorable del TJCE incorporando ahora expresamente en la D. A. 30ª que *“TRAGSA y sus filiales integradas ... tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual ...”*.

La cuestión, sin embargo, no se encuentra cerrada. La propia naturaleza de mera construcción jurisprudencial, en proceso constante de integración, y sin una base normativa firme, justifica el carácter oscilante y casuístico de las sucesivas sentencias del TJCE. Y en este sentido, el último pronunciamiento recaído, también referido a España, la STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Correos* (TJCE 2007/386), ha supuesto un nuevo viraje hacia planteamientos más restrictivos en torno a la viabilidad de la *“excepción in house”*.

El núcleo de la cuestión prejudicial antecedente de la Sentencia radica en la cuestión de si puede encomendarse directamente a una sociedad anónima, de capital íntegramente público, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, la prestación de servicios postales reservados y no reservados al margen de las reglas genéricas de la contratación pública. El TJCE es claro con relación a los servicios reservados, admitiendo la adjudicación directa a través de un convenio interadministrativo, pero sin embargo restringe esta posibilidad respecto de los servicios postales no reservados, sobre la base de la ausencia de cumplimiento del segundo requisito acuñado por la jurisprudencia previa –y retomando, por tanto, una doctrina más restrictiva y rígida que la apreciada en Sentencias anteriores–. El argumento del Tribunal es el siguiente: *“Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto, que implica en particular que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entra ambas entidades”*. Por lo tanto, concluye el TJCE, no se cumple el segundo requisito, *“puesto que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal”* (apartados 53 y 59).

o) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el art. 7 (contrato de concesión de obras públicas), que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

Se excluyen, así, del ámbito de la LCSP los negocios regulados por la legislación patrimonial (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas) –y lógicamente los títulos habilitantes para la intervención privada sobre los bienes demaniales–, que se considera preferible, frente al anterior TRLC, extraerlos por completo de la legislación de contratos.

p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporables, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministros o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

q) Los contratos de servicios y suministros celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

Esta nueva exclusión de contratos se conecta con lo dispuesto en el art. 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, como instrumento de incentivación de la actividad de retorno científico de los grupos de investigación, salvaguardándose en todo caso los principios de competencia y licitación pública para la fase previa de la adjudicación de los proyectos de investigación concretos. No obstante, al no estar prevista esta exclusión expresamente en la Directiva, pueden plantearse algunos problemas de legalidad y ajustamiento a los parámetros comunitarios, al igual que sucede con los contratos bancarios o de préstamo.

En cualquier caso, para este último apartado y los demás negocios jurídicos excluidos por el art. 4 del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, se dis-

pone en el apartado 2º del mismo que aunque –lógicamente por su exclusión– se regulen por sus normas especiales, se aplicarán los principios de la propia LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, con lo que se prevé, por clara influencia comunitaria⁸⁴, una cierta aplicabilidad indirecta y principal de la LCSP incluso para los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidas de su radio de acción.

E) *Contratos menores*.– La LCSP ha elevado los umbrales cuantitativos para la determinación de este tipo de contratos (art. 122.3):

a. Contrato de obras: los de cuantía inferior a 50.000 euros

b. Resto de contratos: los de cuantía inferior a 18.000 euros, a excepción de aquellos que sean susceptibles de contratación centralizada por la Administración General del Estado.

⁸⁴ *Vide*, con detalle, MORENO MOLINA, J. A., “El ámbito objetivo ...”, *op. cit.*, págs. 58–61.